

CONCEPTO 32655 DE 2018

(Junio 15)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

Doctora

ANGELA MORALES LOZADA

amoralesl@sena.edu.co

ASUNTO: Selección Objetiva y evaluación del IVA

Respetada Doctora

De manera comedida procedemos a resolver la consulta allegada mediante comunicación electrónica de fecha 05 de junio de 2018, Sin Radicado, nos pronunciamos en el siguiente sentido.

Es pertinente recordar lo dispuesto en la Circular No. 00006 de 2013, para que a futuro sea tenida en cuenta para el trámite respectivo, y cuyo acápite pertinente señala:

[...] me permito informar que a partir de la fecha la asesoría y solicitudes de conceptos a la Dirección Jurídica, deberán ser radicados en el aplicativo Onbase y canalizados a través de la Secretaría General, Directores de Área, Jefes de Oficina, Directores Regionales, Subdirectores de Centro y Coordinadores de Grupo.

En consecuencia, de lo anterior consideramos que la solicitud se hace a título personal, sin entrar a definir la conducta asumida por quien la eleva, debido a que por medio de conceptos jurídicos no es viable analizar situaciones particulares ni evaluar actuaciones de los servidores públicos o contratistas del SENA, sin tener en cuenta lo señalado en la citada circular.

#### ALCANCE DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS

Es pertinente señalar que los conceptos emitidos por la Dirección Jurídica del SENA son orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos ni el análisis de actuaciones particulares. En cuanto a su alcance, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución, ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes.

#### CONCEPTO JURÍDICO

##### a) ANTECEDENTES

Mediante correo electrónico del 05 de junio de 2018, fue puesto en nuestro conocimiento la siguiente consulta:

[...] solicito su colaboración en el concepto jurídico sobre el proceso de mínima cuantía No. xxx de papelería, en el que la oferta seleccionada en el ítem 6 incluye IVA cuando este elemento está exento.

Es por eso, que requerimos amablemente, nos ayuden a resolver si la oferta se debe rechazar, aun cuando el proponente en aclaración reconoció que fue un error al desplazar la formula pero que él no cobra IVA por ese elemento, además la propuesta sigue siendo la del precio más bajo y el valor unitario está discriminando en una columna aparte de la del IVA, lo que no modificaría el valor unitario de la propuesta.

-Se deja constancia que la consulta se resuelve sin recibir anexo adicional al mencionado y con la información suministrada.

## ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN

### i. Principio de Selección Objetiva

La contratación pública en el ordenamiento jurídico colombiano se rige por los principios de transparencia, publicidad, economía, planeación y selección objetiva entre otros. Respecto del principio de selección objetiva, el mismo refiere a que como resultado del procedimiento de selección sea escogido aquel proponente que haga el ofrecimiento más favorable para la entidad y para el interés general.

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, referido a la Ley [80](#) de 1993 y sus modificatoria, v.gr., la Ley [1150](#) de 2007, establecieron la siguiente definición de la Selección objetiva:

Artículo [5o](#). De la selección objetiva. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

Por su parte, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido reiterativa en señalar que la selección objetiva es uno de los principios transversales de la contratación pública colombiana, y la ha definido en los siguientes términos:

Se encontraba previsto expresamente en el derogado artículo [29](#) de la Ley 80 de 1993, actualmente consagrado en el artículo [5o](#) de la Ley 1150 de 2007, disposiciones conforme a las cuales “la selección de contratistas será objetiva”, que “es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva”, que “ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser el más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, sólo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido” y que “el administrador efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los diferentes ofrecimientos recibidos, la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.”

De esta forma, la objetividad en la elección de un contratista en cualquier proceso de selección que se trate, hace parte integral del principio de interés general, pues por medio de éste lo que se busca es seleccionar la propuesta que sea más favorable para la satisfacción de los intereses colectivos, siendo improcedente tener en cuenta alguna consideración subjetiva.

Luego, si lo que se busca mediante el principio al que se alude es la escogencia de la propuesta más favorable para la satisfacción de las necesidades o finalidades estatales, es evidente que para que la administración así pueda determinarlo debe realizar un ejercicio comparativo entre las diversas propuestas presentadas, para lo cual debe fijar reglas claras, objetivas y completas que permitan el libre acceso al proceso de selección de todos aquellos sujetos interesados en contratar con ella en condiciones de igualdad y libre competencia.

Así las cosas, el principio de selección objetiva guarda una estrecha relación con el principio de libre concurrencia de los interesados, que implica la posibilidad de estos de acceder e intervenir en el proceso de selección y la imposibilidad para la Administración de establecer, sin justificación legal alguna, mecanismos o previsiones que conduzcan a la exclusión de potenciales oferentes<sup>[1]</sup>.

Como se evidencia del desarrollo del principio de selección objetiva realizado por el Consejo de Estado, el mismo se garantiza a través de ciertas prácticas de la entidad contratante como garantizar la libre concurrencia de proponentes, escoger la mejor oferta, establecer normas claras en sus términos de condiciones y la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal.

La prevalencia de lo sustancial sobre lo formal como garantía del principio de selección objetiva se materializa principalmente en dos figuras: a) la subsanación de la oferta, b) la imposibilidad de rechazar a un proponente por factores errores no esenciales. La subsanación de la oferta se encuentra regulada en el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, hoy en día modificado por la Ley 1882 de 2018. Respecto a la imposibilidad de rechazar una oferta por errores no esenciales nos permitimos hacer las siguientes precisiones.

ii. Errores no sustanciales de la oferta no pueden ser causal de rechazo del proponente.

Tal como se venía indicado con anterioridad, una de las garantías del principio de selección objetiva en el marco de un proceso de selección, es la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal, de manera que errores inocuos, no esenciales dentro de la oferta, no pueden ser causal suficiente para el rechazo de esta, incluso si dichos errores se encuentran dentro de los componentes no subsanables de la oferta.

Esta interpretación ha sido desarrollada por el Consejo de Estado, principalmente a la referencia a los errores mecanográficos en las ofertas económicas, indicando que si el error no es esencial la entidad puede proceder a realizar las correcciones antes de realizar la comparación de la oferta. Al respecto nos permitimos citar un pronunciamiento reciente del Consejo de Estado en la Materia:

“El Estatuto de Contratación de la Administración Pública vigente, contenido en la ley 80 de 1993, artículo 29 impone a la entidad pública licitante el deber de seleccionar al adjudicatario en forma objetiva. Ese deber, se traduce en la escogencia de la propuesta más favorable entendida no sólo para la Administración sino para los fines de la contratación. Las propuestas que se presenten deberán referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones o términos de referencia (num. 6; art. 30). La entidad al adelantar el procedimiento de evaluación y comparación, puede advertir la presencia de errores o irregularidades en las propuestas con relación a los lineamientos contenidos en el pliego de condiciones, ya sea en el aspecto técnico, económico o jurídico. De presentarse esa situación, deberá definir si los errores son o no de carácter sustancial, con el objeto de corregir los no sustantivos, de tal forma que no se elimine la propuesta que pueda resultar más favorable. La

jurisprudencia se ha pronunciado en distintas oportunidades sobre la evaluación de las ofertas y ha destacado la exigencia legal, relativa a que dicha evaluación debe hacerse con base en la ley de la licitación, cual es la contenida en los pliegos de condiciones, sin negarle a la Administración la posibilidad de corregir las ofertas, en caso de advertir que ellas contengan errores, susceptibles de dicho procedimiento”<sup>[2]</sup> (negritas fuera de texto)

En este mismo sentido se pronunció el máximo tribunal de lo contencioso administrativo en el año 2010 señalando:

“Igualmente, la Corporación ha señalado las exigencias para rechazar las propuestas, así: (i) que se traten de requisitos o documentos necesarios para comparar propuestas<sup>1 4</sup>; (ii) los requisitos nimios o inútiles no pueden sustentar el rechazo de una propuesta<sup>1 5</sup>, y (iii) que el rechazo proceda después de haberle brindado al proponente afectado, de manera real y efectiva, la oportunidad de desplegar sus derechos de defensa y de contradicción<sup>1 6</sup>.

4.3.3.2. De entrada, en el sub lite se tiene que el argumento para rechazar la propuesta consistió en que el numeral 1.20 del pliego de condiciones fijó como causal de rechazo la inmodificabilidad del número del ítem de cantidades de obra, numeral 1.20 (fl. 48, c. 2). Esa exigencia resultaba entendible, en tanto la coincidencia entre los números permitía identificar qué se estaba ofreciendo en la propuesta; sin embargo, una limitación de ese tipo no podía llegar al punto de privilegiar lo formal sobre lo sustancial, sin que por ello se habilitara la anarquía de los proponentes frente a la exigencia.

Es entendible que dentro del proceso de selección se imponga el respeto de ciertas convenciones mínimas para la comprensión entre todas las partes que intervienen en él.

Pero, se reitera, esa finalidad no puede convertirse en un obstáculo insalvable para que errores mecanográficos se conviertan tozudamente en causales de rechazo de las propuestas.

Efectivamente, en el caso sometido a estudio de la Sala se observa que un análisis de la propuesta llevaba sin mayores esfuerzos a concluir que se trató de un error mecanográfico.

[...]

De lo expuesto, forzoso es concluir que la entidad estatal demandada privilegió un error formal sobre lo sustancial, en tanto saltaba a la vista que la propuesta de los actores contenía todos los ítems exigidos en el pliego de condiciones; sin embargo, se rechazó la propuesta so pretexto de privilegiar garantías que no estuvieron en entredicho.

En ese orden, la Sala confirmará la anulación del acto de adjudicación, tal como lo ha definido esta Corporación frente a este tipo de asuntos<sup>[3]</sup>”.

En este orden de ideas, se evidencia una línea clara por parte del Consejo de Estado, en la cual advierte que la entidad, en garantía de la selección objetiva, deberá evaluar si es un error formal o sustancial, y de no ser sustancial la entidad podrá corregirla y llevar a las propuestas a un punto de comparación para que se garantice el principio de selección objetiva.

#### ii.i El IVA dentro de la comparación de ofertas

Dentro del presupuesto estimado de los procesos de selección, normalmente se incluye la asunción por parte de los proponentes de los impuestos que deban ser cancelados por la prestación del servicio o la venta del bien. En el marco de dichos impuestos se encuentra el

Impuesto al Valor Agregado o IVA, el cual está reglado por la normativa tributaria nacional.

El IVA, al igual que otros impuestos, al ser una imposición económica obligatoria no es un componente sustancial dentro del valor de las ofertas, por lo cual, en aplicación de la línea expuesta del Consejo de Estado respecto de la comparación de la oferta, la Agencia Nacional de Contratación -Colombia Compra Eficiente- ha emitido varios conceptos en los que ha indicado que los errores en el IVA no son un error esencial tal como lo señala en el siguiente concepto que nos permitimos citar:

“¿Pueden las Entidades Estatales solicitar la corrección aritmética de las ofertas cuando los proponentes liquidan de forma errónea el porcentaje del IVA?

Sí, las Entidades Estatales pueden solicitar la corrección aritmética de la liquidación del IVA siempre y cuando en los pliegos de condiciones y/o invitación se haya establecido que la oferta presentada por el proponente no incluye impuestos; en caso contrario no podrá permitirse la corrección de la liquidación del IVA pues implicaría una modificación de la oferta”<sup>[4]</sup>

Ahora bien, en otras oportunidades esta entidad -Colombia Compra Eficiente-, ha señalado incluso que, al ser un valor impositivo generalizado, las entidades deberían realizar la comparación de los precios de las ofertas a partir del valor sin IVA, a pesar de que la oferta deberá ser presentada contemplando todos los costos. Por lo anterior nos permitimos citar:

“Para la presentación de la oferta deberá presentarla contemplando costos indirectos e IVA, y la Entidad Estatal debe adelantar la evaluación de las ofertas sin tener en cuenta este impuesto, en aplicación de los principios de selección objetiva e igualdad de condiciones de los proponentes”<sup>[5]</sup>.

Esta posición fue reiterada en otra oportunidad por la misma entidad, indicando:

“La Entidad Estatal debe adelantar la evaluación de las ofertas sin tener en cuenta este impuesto, en aplicación de los principios de selección objetiva e igualdad de condiciones de los proponentes”<sup>[6]</sup>

### iii. Conclusiones

De acuerdo con las anteriores consideraciones jurídicas, y en atención a que esta coordinación no cuenta con competencia para resolver casos particulares, nos permitimos indicar que, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, los lineamientos de Colombia Compra Eficiente y el principio de selección objetiva, las ofertas económicas deben ser evaluadas sin consideración de los impuestos cuando los mismos se encuentran desagregados. En ese sentido, un error en el IVA podrá ser corregido por la entidad, y no será causal suficiente del rechazo de la oferta.

Vale la pena aclarar que el supervisor deberá revisar las cuentas presentadas por el futuro contratista, de manera que no se genere cobros a la entidad por el valor con IVA de un ítem o producto que no se encuentra gravado con dicho impuesto.

El presente concepto se rinde de conformidad con el alcance dispuesto en el artículo [28](#) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, incorporado por la Ley [1755](#) de 2015. Lo anterior no sin advertir, que el mismo se encuentra sujeto a las modificaciones legales y jurisprudenciales que se expidan y acojan dentro del asunto.

Cordialmente,

Carlos Emilio Burbano Barrera

Coordinador

Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa  
Dirección Jurídica - Dirección General

<NOTAS DE PIE DE PÁGINA>.

1. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 24 de marzo de 2011, Exp: 18.118.

2. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Cp: María Elena Giraldo Gómez. Sentencia del 18 de octubre de 2000. Rad. 12663

3. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de abril de 2010, exp. 36054B, M.P. Enrique Gil Botero.

4. Agencia Nacional de Contratación -Colombia Compra Eficiente- Concepto Rad.  
#416120000965

5. Agencia Nacional de Contratación – Colombia Compra Eficiente- Concepto del 20 de abril de 2016. Rad. 416120001219

6. Agencia Nacional de Contratación – Colombia Compra Eficiente- Concepto con Radicado:  
216130001598



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma del Sena

ISSN Pendiente

Última actualización: 20 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.716 - 3 de abril de 2024)

